OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-302791/8/Py/PP

Datum:
Linz, 27. Oktober 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde der S.B., X, C., Rumänien, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 27. Juli 2020, GZ: BHSE/920150003902/20, betreffend Verwaltungsübertretung nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 27. Juli 2020, GZ: BHSE/920150003902/20, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016 idgF eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 72 Stunden verhängt. Des Weiteren wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben als zur Vertretung nach außen Berufener Ihres Unternehmens G.A. S.R.L., Rumänien, CX , den Dienstnehmer

Herrn B.G.; geb. x

als Arbeiter in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit in Ihrem Unternehmen am 22.01.2020 um 13:12 Uhr (Zeitpunkt der Kontrolle durch die Finanz) in Österreich, S., X, als LKW-Fahrer beschäftigt und generell im Zeitraum vom 15.01.2020 bis zum 31.01.2020 nicht das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet.

Wer gemäß § 29 Abs. 1 LSD-BG als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall 2.000 Euro bis 20.000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall 4.000 Euro bis 50.000 Euro.

Bei Herrn B.G. hat sich im Zeitraum vom 15.01.2020 bis zum 31.01.2020 lt. Österreichischer Gesundheitskasse ein Anspruchsbruttolohn für die Tätigkeit in Österreich in Höhe von 437,05 Euro ergeben. Demnach ergibt sich eine Unterentlohnung brutto von 84,05 Euro. Dies entspricht einer Unterentlohnung von 19,23 Prozent.

Die Österreichische Gesundheitskasse als Kompetenzzentrum LSDB erstattete daher aufgrund des Tatbestandes der Unterentlohnung von einem Arbeitnehmer mit Strafanzeige vom 26.06.2020 Anzeige.

Die gegenständliche Firma hat somit gegen § 29 Abs. 1 LSD-BG verstoßen.

Ihnen wurde von der hsg. Behörde eine Frist gem. § 29 Abs. 3 LSD-BG bis spätestens 13.07.2020 gesetzt, um die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem obgenannten Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien nachweislich zu leisten. Dem kamen sie allerdings nicht nach.

Diese Tat wird Ihnen als gem. § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher des oben näher bezeichneten Unternehmens angelastet."

In der Begründung bezieht sich die belangte Behörde auf die Strafanzeige der Österreichischen Gesundheitskasse als Kompetenzzentrum LSDB vom 26. Juni 2020. Zur schriftlichen Rechtfertigung der Beschuldigten vom 10. Juli 2020 wird zusammengefasst ausgeführt, dass der undatierte Gesellschaftsvertrag, der vorgelegt, wurde keinen Beweis dafür liefert, dass Herr B. im Tatzeitraum Gesellschafter-Geschäftsführer gewesen sei. Die Beschuldigte habe sich daher hinsichtlich des gegen sie erhobenen Tatvorwurfes nicht entlasten können.

Abschließend legt die belangte Behörde ihre für die Strafbemessung maßgeblichen Gründe dar.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig von der Bf eingebrachte Beschwerde in der zusammengefasst vorgebracht wird, dass es bei der gegenständlichen Kontrolle erhebliche Verständigungsprobleme zwischen Herrn B. und den Kontrollbeamten gegeben habe. Herr B. habe diesen gegenüber angegeben, dass er Geschäftsführer der G.A. S.R.L. sei. Des Weiteren werde ein Kontoauszug übermittelt und der Beschwerde beigelegt, wonach Herr B. bis gegenwärtig alle Löhne erhalten hat.

3. Mit Schreiben vom 28. August 2020 übermittelte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Des Weiteren wurde mittels IMI-Report Nr. x ein Firmenbuchauszug/Handelsregisterauszug bezüglich der rumänischen Firma G.A. S.R.L. angefordert.

Aus dem dazu dem Landesverwaltungsgericht vom rumänischen Justizministerium übermittelten Handelsregisterauszug des Unternehmens vom 4. September 2020 geht hervor, dass die Bf gemeinsam mit dem verfahrensgegenständlichen Fahrer Herrn G.B. zu je 50 % Gesellschafter des Unternehmens ist. Mit Schreiben vom 15. September 2020 wurde diese Auskunft der Oö. Gesundheitskasse im Rahmen

des Parteiengehörs übermittelt, die dazu mit Schreiben vom 30. September 2020 eine Stellungnahme abgab.

Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG entfallen.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Am 22. Jänner 2020 führten Erhebungsorgane der Finanzpolizei Team 43 um 13:12 Uhr in S., X (x), eine Kontrolle nach dem LSD-BG durch. Dabei wurde Herr G.B., geb. x, als Fahrer des rumänischen Transportunternehmens G.A. S.R.L. mit Sitz in C., X, Rumänien, angetroffen. Die sprachliche Verständigung zwischen Herrn B. und den Kontrollbeamten war schwierig. Aufgrund der von ihm vorgelegten Unterlagen in rumänischer Sprache wurde daraufhin gegen die Bf als zur Vertretung nach außen Berufene der Firma G.A. S.R.L. wegen Unterentlohnung des G.B. Anzeige erstattet. Herr B. ist gemeinsam mit der Bf zu je 50 % Gesellschafter der Firma G.A. S.R.L.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie dem Auszug aus dem rumänischen Handelsregister betreffend die Firma G.A. S.R.L. Seitens des Landesverwaltungsgerichtes wird nicht in Zweifel gezogen, dass Herr B. bereits zum Tatzeitpunkt Gesellschafter des Unternehmens war.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Rechtliche Grundlagen:

Die maßgebliche Bestimmung des Lohn- und Sozialdumping – Bekämpfungs-gesetzes (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016, lautet:

„Unterentlohnung

§ 29. (1) Wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer liegt eine Verwaltungs-übertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen

Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro. Ebenso ist zu bestrafen, wer als Auftraggeber im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 3 einen Heimarbeiter beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz oder Verordnung gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten.

(2) Die Strafbarkeit nach Abs. 1 ist nicht gegeben, wenn der Arbeitgeber vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 12, 14 und 15 die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt nachweislich leistet.

(3) Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet, und

1. die Unterschreitung des nach Abs. 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist oder
2. das Verschulden des Arbeitgebers oder des zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt,

hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Ebenso ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen. Ist die Entscheidung der Bezirksverwaltungsbehörde von der Klärung einer Vorfrage im Sinne des § 38 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991, abhängig, die den Gegenstand eines beim zuständigen Gericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig gemachten Verfahrens bildet, hat die Bezirksverwaltungsbehörde das Verwaltungsstrafverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage auszusetzen; das verwaltungsbehördliche Strafverfahren gilt als unterbrochen, die Parteien sind davon in Kenntnis zu setzen. In Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 1 ist § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG nicht anzuwenden. Weist der Arbeitgeber der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

(4) Die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) beträgt drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung im Sinne des ersten Satzes ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung. Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs. 2 VStG) beträgt bei Unterentlohnungen fünf Jahre; für den Beginn des Laufs der Strafbarkeitsverjährung sind erster und zweiter Satz maßgeblich. Hinsichtlich von Sonderzahlungen beginnen die

Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährungsfristen ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres (Abs. 1 dritter Satz) zu laufen.

(5) Für den Fall, dass der Arbeitgeber das gebührende Mindestentgelt für den betroffenen Zeitraum der Unterentlohnung nach Abs. 1 nachträglich leistet, beträgt die Dauer der Fristen nach § 31 Abs. 1 und 2 VStG ein Jahr (Verfolgungsverjährung) oder drei Jahre (Strafbarkeitsverjährung), soweit nicht aufgrund des Abs. 4 die Verjährung zu einem früheren Zeitpunkt eintritt; der Fristenlauf beginnt mit der Nachzahlung."

5.2. Im gegenständlichen Straferkenntnis wird der Bf zur Last gelegt, sie habe als verwaltungsstrafrechtliche Verantwortliche der G.A. S.R.L. den Arbeitnehmer dieses Unternehmens Herrn G.B. entgegen den Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes im Zeitraum vom 15. Jänner 2020 bis 31. Jänner 2020 als Lkw-Fahrer beschäftigt.

Damit ein Arbeitsverhältnis vorliegen kann, muss bei einem Vertragspartner jedoch Arbeitnehmereigenschaft gegeben sein. Die Abgrenzung des Arbeitsvertrages, der auf dem Unterordnungsprinzip beruht, zu dem auf dem Kooperationsprinzip fußenden Gesellschaftsvertrag ist neben Personen in leitender Funktion mit Gewinnbeteiligung gerade bei Arbeitsgesellschaftern von Bedeutung (Löschnigg, Arbeitsrecht[12], Rz 4/035). Als Arbeitsgesellschafter werden jene Personen bezeichnet, die der Gesellschaft ihre Arbeitskraft zur Erreichung des Gesellschaftszieles zur Verfügung stellen. Eine Unterordnung der Gesellschafter ist nur hinsichtlich der Interessen der Gesellschaft gegeben, ansonsten ist in einer Gesellschaft von gleichwertigen Partnern auszugehen. Im gegenständlichen Fall halten sowohl die Bf als auch der bei der Kontrolle angetroffene Fahrer je 50 % an der Firma G.A. S.R.L. Der bei der Kontrolle angetroffene Lenker war daher nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zum Unternehmen tätig, weshalb die Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes auf seine Tätigkeit nicht zur Anwendung gelangen.

5.3. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Anwendung findet, hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

Der Beschwerde war daher Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

II. Bei diesem Ergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen

Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny